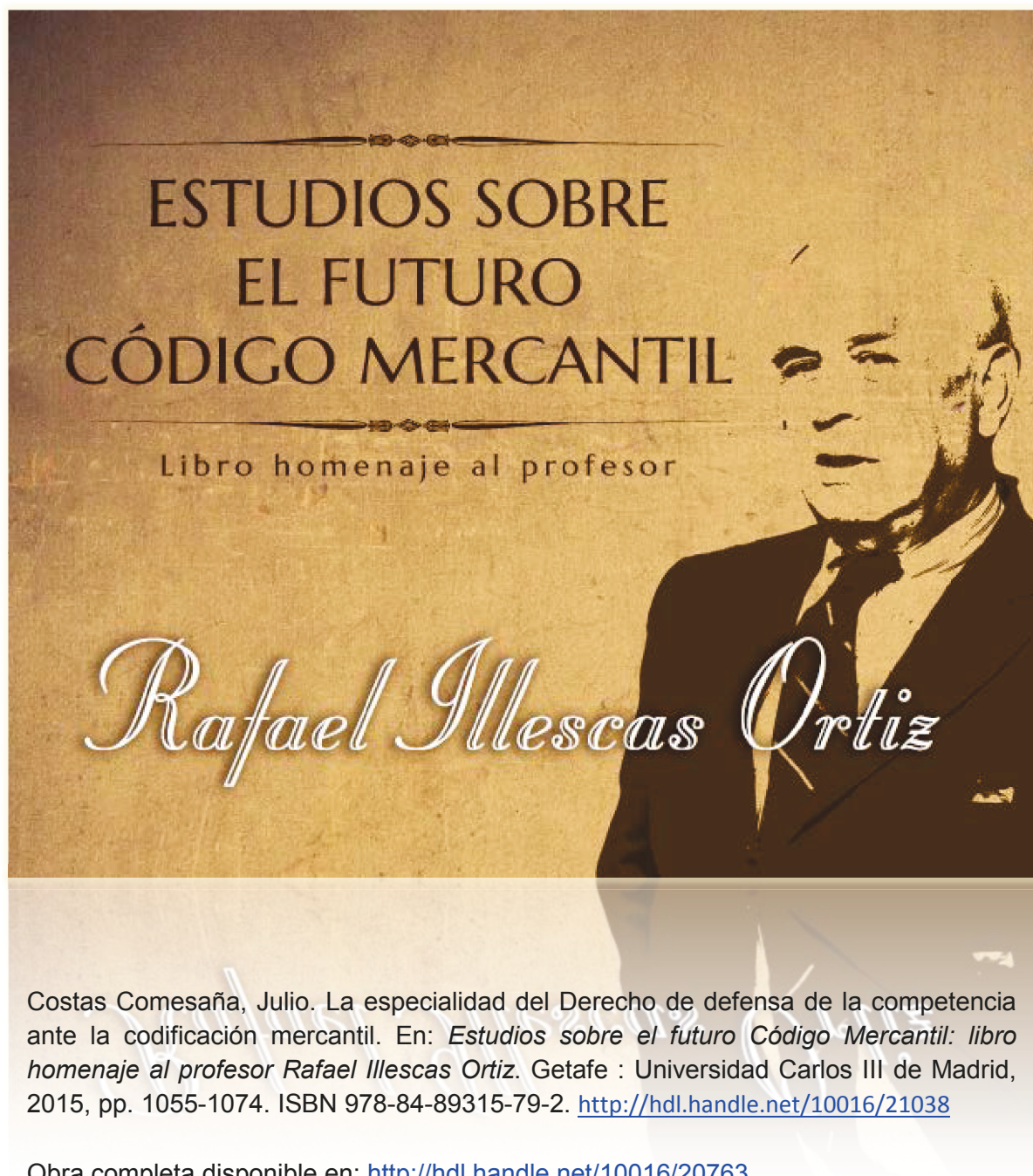




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Costas Comesaña, Julio. La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1055-1074. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21038>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL

JULIO COSTAS COMESAÑA*

Resumen

La codificación de las normas materiales del Derecho de defensa de la competencia parecería una consecuencia lógica y necesaria de la definición del Derecho mercantil como la regulación privada del mercado, y así lo hacía la Propuesta de Código Mercantil de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. No obstante, sin ofrecer motivo alguno, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil limita la codificación a los dos ilícitos *antitrust* también perseguibles ante los órganos jurisdiccionales, extiende a estas dos «prácticas restrictivas de la competencia» la regulación de las acciones y normas procesales previstas, actualmente, en materia de competencia desleal y, como novedad absoluta, establece unos principios generales comunes a los dos sectores del Derecho General de la competencia, que pueden introducir cierta confusión en los fines y en el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia o *antitrust*.

Contenido

1. La peculiar codificación de la materia defensa de la competencia.- 1.1. Normas básicas codificadas.- 1.2. Otras referencias a la normativa de defensa de la competencia.- 1.3. Algunas cuestiones terminológicas y sistemáticas. - 2. La pretendida especialidad del Derecho de defensa de la competencia como materia mercantil.- 2.1. El Derecho mercantil como Derecho privado del mercado.- 2.2. Causas de la no regulación de la materia defensa de la competencia.- 3. Los principios generales en materia de competencia.- 4. Acciones derivadas de las prácticas restrictivas de la competencia.

1. LA PECULIAR CODIFICACIÓN DE LA MATERIA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1.1. Normas básicas codificadas

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación debatió la conveniencia de codificar el Derecho de defensa de la competencia o Derecho *antitrust*, y en qué extensión, optando finalmente en la Propuesta presentada al Ministerio de

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La reforma del Derecho de la competencia: defensa de la competencia, competencia desleal y publicidad", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2011-26226).

Justicia el 13 de junio de 2013¹, por la codificación completa de la regulación material *antitrust* vigente y una mínimas normas administrativas imprescindibles para dotar de coherencia a las normas mercantiles codificadas. Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014², presentado conjuntamente por el Ministerio de Justicia y por el Ministerio de Economía y Competitividad, excluye de este movimiento re-codificador la regulación completa de la materia *antitrust*, que mantendría su actual especialidad formal en la Ley 15/2007, de 3 de julio (LDC).

Este *apartheid* no resulta coherente con la definición, que hace el propio Anteproyecto, de la legislación mercantil como “la regulación del Derecho privado propia del mercado”, o del Derecho mercantil como “Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado”, y del Código Mercantil como un instrumento de política legislativa que, siguiendo el modelo implantado por el *Code de commerce* francés de 2000, “acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula” (apartados I-7, I-9 y I-26 de la EdM). Esta ausencia de la materia defensa de la competencia contrasta, además, con la codificación del Derecho contra la competencia desleal³. (Título II del Libro Tercero), y con el establecimiento, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, de unos “principios generales en materia de competencia” (rúbrica del Título I del Libro Tercero, que integra los arts. 310-1 a 310-3), que consisten en determinar cuáles son los intereses protegidos y el ámbito de aplicación objetiva y subjetiva tanto de la regulación contra la competencia desleal como del Derecho *antitrust*.

Por ello que, cuando en el apartado I-24 de la EdM se afirma que el Libro Tercero se «refiere» al Derecho de la competencia, tanto a la competencia desleal como a la defensa de la competencia, se habrá de reconocer que, en efecto, el Anteproyecto no regula el Derecho *antitrust*, al que apenas realiza una mínima referencia⁴, en lo fundamental ubicada en el Título III que, bajo la rúbrica “De la defensa de la Competencia”, dispone:

Artículo 330-1. Prohibición de las prácticas colusorias.

¹ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>

² <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788719402/Detalle.html>

³ Con todo, la codificación de la competencia desleal tampoco es completa. El Anteproyecto no incorpora la regulación de la publicidad ilícita, que permanecería como legislación mercantil especial en el Capítulo II de la LGP. No es de esta opinión MASSAGUER, J., «La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», *RDM.*, núm. 293, Julio – Septiembre 2014, p. 14, pues afirma que el Derecho contra la competencia desleal se codifica “enteramente”, pese a que no desconoce (p. 25) que el Anteproyecto no incorpora la regulación de la publicidad ilícita. Como acertadamente sostiene el prof. TATO PLAZA. (TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 48 y ss.) el mantenimiento de esta histórica estructura dual del Derecho contra la competencia desleal en España no está justificada, porque actualmente el bien jurídico protegido es el mismo, pero menos lo está la no codificación atendida la configuración del Derecho mercantil por el Anteproyecto como el “Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado”. En todo caso, en la Disposición derogatoria única del Anteproyecto habría que incluir la derogación expresa de la letra e) del art. 3 de la LGP.

⁴ Como así se reconoce más adelante en el apartado IV-6 de la EdM: “El Título III recoge unas normas mínimas que enlazan con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia, insistiendo en la prohibición de tales conductas, en especial en lo que se refiere a las prácticas colusorias y las conductas de abuso de posición de mercado.”

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia.

Artículo 330-2. Prohibición de las conductas de abuso de posición de dominio.

Se prohíbe conforme a lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo en parte del mercado nacional.

La incorporación de estas prohibiciones generales o ilícitos *antitrust* no es objetable desde una perspectiva de buena técnica legislativa, pero adoptada la decisión no codificar la regulación sustantiva de la defensa de la competencia, su inclusión en el Código Mercantil apenas tiene la virtualidad de subrayar su naturaleza mercantil, por cuanto su persecución ante los Juzgados de lo Mercantil ya viene establecida por el art. 86 ter 2. Letra f) de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial y por la Disposición adicional primera de la LDC, pues disponen que estos órganos jurisdiccionales conocen de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los pronunciamientos de aplicación de los señalados ilícitos *antitrust* regulados actualmente en los arts. 1.1 y 2.1 de la LDC.

Los arts. 330-1 y 330-2 del Anteproyecto, además de reproducir el texto de los arts. 1 y 2 de la LDC, añaden que estas “prácticas restrictivas de la competencia” deben ser interpretadas y aplicadas por los jueces y tribunales competentes “en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia”. Esta remisión a la legislación especial se hace, probablemente, con el objeto de en lo posible evitar que se produzca una interpretación divergente entre la aplicación privada y pública de tales prohibiciones *antitrust*. La remisión es acertada por cuanto en una y otra vía el bien jurídico tutelado es el mismo –la competencia efectiva en los mercados–, bien que en la vía pública esa tutela se instrumentaliza, fundamentalmente, mediante la imposición de sanciones económicas disuasorias, mientras que quien acude a la jurisdicción ordinaria busca la reparación integral del daño patrimonial causado por la conducta restrictiva de la competencia. Igualmente cabe entender que la remisión normativa no es sólo al texto de la LDC, sino también al RDC, así como a las Comunicaciones interpretativas que guían la actuación de la AdC⁵, instrumento este último de *soft law* que, por esta vía, vincularía al juez mercantil.

Con todo, esta interacción entre la «regulación mercantil codificada» de las prácticas restrictivas de la competencia y la «regulación mercantil especial» contenida en la LDC también se produciría en sentido inverso; es decir, desde el Código Mercantil a la legislación especial de defensa de la competencia, por virtud de la aplicación de los principios generales en materia de competencia de los arts. 310-1 a 310-3 del Anteproyecto, salvo que se entienda –lo que constituiría en nuestra opinión un despropósito mayúsculo– que solo son válidos en la aplicación privada de las normas

⁵ Vid. el art. 30.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como la Disposición adicional tercera de la LDC.

antitrust codificadas⁶. Y es aquí, como trataremos de argumentar *infra*, que se pueden producir desajustes entre, por una parte, los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia en materia de interés público tutelado, ámbito objetivo y ámbito subjetivo de aplicación y, por otra parte, los referidos principios generales en materia de competencia del Anteproyecto.

Esta singular forma de codificar la regulación de la defensa de la competencia motiva que el Anteproyecto no incorpore el ilícito *antitrust* del art. 3 de la LDC, que viene calificar como infracción de competencia las conductas unilaterales constitutivas de actos de competencia desleal –conforme a la regulación contra la competencia desleal– realizados por empresas no mercado dominantes que, por las circunstancias concurrentes en el caso en concreto (poder de mercado de la empresa, estructura y condiciones en que se desarrolla la competencia en el mercado, naturaleza del producto o servicio concernido, tipo y duración de la conducta, etc.), resultan idóneos para falsear la competencia efectiva en el mercado considerado. Una prohibición *antitrust* –por su idoneidad para generar efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el mercado– que sí preveía la Propuesta de Código Mercantil en el párrafo segundo del art. 342-2, en los términos siguientes: “Igualmente tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de la competencia los actos de competencia desleal que tengan por efecto un falseamiento de la competencia relevante desde el punto de vista del interés público en el mantenimiento de la estructura competitiva de mercado”⁷.

Desde una perspectiva adjetiva, la «referencia» contenida en el Anteproyecto a la materia defensa de la competencia se completa con la extensión a las “prácticas

⁶ BROKELMANN, H., «El Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 72, Mayo – Agosto 2014, p. 30 se plantea si estos principios generales sólo estarían vigentes para la aplicación privada de los ilícitos *antitrust*, lo que descarta porque sería contrario al TFUE y al Reglamento CE 1/2003. El autor parte de que los principios generales de las normas de competencia y, en particular, el art. 310-2 del Anteproyecto resulta incompatible con la actual normativa nacional y comunitaria de la competencia. En igual sentido, la CNMC en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* de 17 de julio de 2014 (IPN/DP/0010/14, disponible en <http://www.cnmc.es>), reclama que la “necesaria autonomía” del Derecho *antitrust* “justifica la aplicación de una serie de conceptos unívocos por lo que cualquier inclusión en este APL de conceptos y ámbito susceptibles de introducir modificaciones en los mismos (...) debería ser objeto de eliminación o, al menos, de alineamiento con respecto a aquellos” (punto III.2.1).

⁷ La ubicación de este precepto en el Título IV del Libro Tercero, relativo a las acciones derivadas de actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, indicaría, como viene sosteniendo un sector de la doctrina, que estamos ante una norma de naturaleza procesal y no sustantiva, que tiene por objeto atribuir a la AdC competencia para perseguir determinados ilícitos de competencia desleal; por todos: COSTAS COMESAÑA, J. «Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal», en AA.VV., *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 215 a 216. El texto de este precepto de la Propuesta delimitaba el ilícito con una técnica jurídica mucho más depurada que el actual art. 3 de la LDC. Dejaba claro que son dos los presupuestos del ilícito, (i) un acto de competencia desleal que (ii) es apto para afectar al mantenimiento de la estructura competitiva del mercado. Por tanto, que el ilícito no tutela otro interés público que la competencia efectiva. Quizá por ello referirse a la “estructura” competitiva como interés público tutelado antes que a la competencia efectiva no fuese del todo acertado, en la medida en que el proceso competitivo puede resultar afectado sin modificar la estructura del mercado. Del mismo modo, como sucede en la prohibición de las conductas colusorias, se podría haber especificado que es suficiente para incurrir en la prohibición la aptitud del acto de competencia desleal para generar ese efecto restrictivo.

restrictivas de la competencia” de las acciones y normas procesales de los arts. 32 a 35 de la LCD, cuya redacción se mantiene con algunos “ajustes de técnica legislativa”, colmándose así “la laguna de la que, hasta ahora y a pesar de las exigencias comunitarias, adolecía la aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia en España”⁸ (arts. 341-1 a 341-4, Capítulo I, Título IV, Libro Primero)⁹.

1.2. Otras referencias a la normativa de defensa de la competencia

Además de incluir las señaladas normas básicas *antitrust*, el Anteproyecto, en materia de obligaciones y contratos mercantiles, recuerda a los operadores del mercado la necesidad de respetar las normas de defensa de la competencia cuando acuerdan cláusulas contractuales que, por su naturaleza, pueden ser potencialmente restrictivas de la competencia efectiva en el mercado considerado.

Tal es el caso de la normativa relativa a los contratos de compraventa y de arrendamiento y usufructo de empresa, en relación con la obligación de no competencia de no competencia (art. 132-11.1 y 2 y art. 132-16.2). En los contratos de compraventa de empresa, el art. 132-11.2 del Anteproyecto establece la legalidad *antitrust* (ex art. 4.1 de la LDC) de la obligación del vendedor de no competir con el comprador si su duración no es superior a 2 años, plazo pues que se considera razonable para que el comprador, arrendatario o usufructuario pueda adquirir el valor íntegro de los activos cedidos¹⁰. Este mismo precepto, añade que las partes pueden pactar con cargo al vendedor cláusulas inhibitorias de competencia de mayor duración, pero subraya que su licitud depende de que “sea conforme con las normas de defensa de la competencia”¹¹. A estos efectos, no cabe duda que los pactos de no competencia, por definición, son

⁸ Así se afirma en el apartado IV-7 de la EdM del Anteproyecto.

⁹ Será necesario modificar la rúbrica del Capítulo II de este Título IV, pues siendo la que tenía en la Propuesta (“De la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia”), ahora en el Anteproyecto contiene un único artículo 342-1 relativo a la calificación de determinados actos de competencia desleal como infracciones administrativas de consumo. En la Propuesta, este Capítulo II incluía, además, un art. 342-2 que, en su número 1, calificaba como ilícitos administrativos las “prácticas restrictivas de la competencia” (las prácticas colusorias y las de abuso de posición de dominio) “a los efectos previstos en la Ley reguladora de las instituciones de defensa de la competencia”.

¹⁰ En el ámbito del Derecho *antitrust*, siguiendo a la jurisprudencia del TJUE, en la *Comunicación sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración* de 2005 (DO 2005/C 56/03), la Comisión Europea considera que las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas –no caen en el ámbito de aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios– durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos, y cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por periodos de hasta dos años. Por tanto, el Anteproyecto adopta una posición prudente al tiempo de establecer la licitud *ex lege* de las cláusulas de no competencia a cargo de vendedor.

¹¹ Porque tiene la misma lógica contractual, en los contratos de arrendamiento o usufructo de la empresa, el art. 132-16.2 del Anteproyecto impone al arrendador o nudo propietario la obligación legal de no competir con la otra parte contratante durante la vigencia de la relación jurídica, en los términos establecidos para la compraventa de empresa. El núm. 1 del mismo precepto del Anteproyecto, obliga al arrendatario o al usufructuario a no desarrollar durante la vigencia del contrato una actividad que, por su objeto, localización y otras circunstancias dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida. Por tanto, por sus efectos, una obligación de efecto equivalente a una cláusula de no competencia que, a diferencia de la que recae sobre el arrendador o el nudo propietario, el Anteproyecto considera disponible por las partes.

acuerdos o equivalen a acuerdos de reparto de mercado o de clientes. Por tanto, conductas que tienen por objeto restringir la competencia entre las partes que, de ostentar poder de mercado y ser competidores actuales o potenciales en el mercado considerado, tienen objetivamente aptitud para restringir la competencia efectiva de forma significativa y, por ello, constituir acuerdos colusorios prohibidos. A este respecto, conviene tener presente que los acuerdos de reparto de mercado o clientes entre competidores y los pactos de no competencia entre no competidores cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, no gozan de la presunción *iuris tantum* de acuerdos restrictivos de menor importancia¹².

Con independencia de la duración de la obligación de no competir por parte del vendedor, arrendador o nudo propietario, la legalidad *antitrust* de este tipo de cláusulas contractuales bien por aplicación del art. 4 de la LDC, de la doctrina de las restricciones accesorias, o de la exención por eficiencias del art. 1.3 de la LDC (o del art. 101.3 del TFUE), todavía dependerá de que vigencia se limite al territorio o grupo de clientes y a los productos o servicios que constituyan la actividad económica de la empresa cedida¹³.

También en materia contractual, de una u otra forma, el Anteproyecto utiliza esta técnica de la cláusula “sin perjuicio de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia”, para subrayar la potencialidad restrictiva de: (i) los pactos de preferencia a favor del suministrador para celebrar un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto (art. 513-5.1 del Anteproyecto) que, dependiendo del poder de demanda del suministrado, puede generar un efecto de cierre del mercado en el que opera el suministrador; (ii) de las cláusulas de confidencialidad (art. 440-1.3 del Anteproyecto¹⁴); (iii) de las cláusulas de exclusiva territorial o por clientes (art. 440-2.1 del Anteproyecto); y (iv) de los pactos de no competencia post contractuales impuestos al agente en los contratos genuinos de agencia (art. 542-20 y 542-21).

No son estas las únicas cláusulas contractuales o comerciales que pueden generar efectos restrictivos de la competencia significativos, lo que normal y principalmente dependerá del poder de mercado de las partes. La larga duración de determinados contratos, como puede ser los de suministro o de distribución restringida,

¹² Vid., *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (Comunicación de *minimis*; DO 2014/C 291/01, par. 13) y art. 2.1.c) y 2.e) del RDC.

¹³ Así resulta, en particular, de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración, cit., pár. 22 y 23.

¹⁴ Este precepto, en realidad, no menciona la legislación de defensa de la competencia como límite a su contenido, sino que, de modo genérico, advierte a las partes contratantes sobre la necesidad de tener en cuenta “la aplicación de otras disposiciones legales o contractuales”. No obstante, como señala la Comisión Europea en la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (cit., pár. 26 y 41), las cláusulas de confidencialidad (como también las de no captación de trabajadores y directivos): “se evaluarán de la misma forma que las de inhibición de la competencia, siempre que su efecto restrictivo no sea superior al de éstas. No obstante, dado que el ámbito de aplicación de estas cláusulas puede ser menor que el de las cláusulas de inhibición de la competencia, es más probable que se consideren directamente relacionadas y necesarias para la realización de la operación de concentración. Si las circunstancias particulares del caso lo justifican, las cláusulas de confidencialidad podrán aceptarse por períodos superiores a tres años, habida cuenta del interés de las empresas en proteger los secretos comerciales valiosos”.

o las cláusulas de penalización por rescisión anticipada¹⁵ son ejemplos de conductas que, en función del contexto del mercado en cuestión (particularmente, del poder de mercado de la parte contratante que impone la cláusula), pueden generar un efecto restrictivo significativo a los efectos de la prohibición de acuerdos colusorios o de abuso de posición de dominio. En materia de Derecho de sociedades, las obligaciones de no competencia que impone o permite imponer la regulación societaria a socios y administradores, o el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses por parte de los administradores (arts. 215-1, 221-25, 271-13 y 271-14 del Anteproyecto), de concurrir determinadas circunstancias más o menos excepcionales, también podrían generar efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el mercado considerado. Pero tratándose de cláusulas que no tienen por objeto restringir la competencia, sino dar cumplimiento al deber legal de lealtad con la sociedad que recaen sobre socios y administradores, en nuestra opinión, está justificado que tales normas no condicionen expresamente la licitud de tales pactos al cumplimiento de la normativa *antitrust*¹⁶.

1.3. Algunas cuestiones terminológicas y sistemáticas

El Anteproyecto utiliza la rúbrica “prácticas colusorias” para designar las distintas conductas prohibidas en el art. 330-1, y la de “conductas de abuso de posición de dominio” para la prohibición de los comportamientos unilaterales del art. 330-2, en tanto que parece adoptar como género que compre ambos ilícitos *antitrust*, la categoría jurídica de “prácticas restrictivas de la competencia”. Pero la utilización de esta denominación como categoría general se hace de una forma indirecta, al tiempo que el Anteproyecto se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de las normas de competencia desleal y de defensa de la competencia (art. 310-3-1), y también en sede del Título IV relativo a “las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia”.

No tanto para evitar dudas, que deberían quedar despejadas en una interpretación lógica y sistemática, sino por razón de buena técnica legislativa, convendría sustituir la actual rúbrica (“De la defensa de la competencia”) del Título III por la de “Prácticas restrictivas de la competencia”¹⁷, denominación con cierto arraigo en el Derecho comparado y en el Derecho positivo español, pues ya era utilizada en la vieja Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, para referirse a las prácticas restrictivas colusorias y a las prácticas abusivas de las

¹⁵ Vid., a modo de ejemplo de este tipo de cláusulas, la Resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009, Expte. 646/08, *Axión/Abertis*, confirmada por la SAN de 15 de febrero de 2012 (Roj: SAN 493/2012).

¹⁶ Los problemas para la competencia efectiva se pueden producir en el ámbito de las empresas en participación por parte de socios que son competidores actuales o potenciales, tal y como advierte la CNMC (*op. cit.*, apartado III.2.2.2), para quien en tales supuestos existen ámbitos posibles de competencia entre una sociedad y sus socios que han de ser admitidos, y que las restricciones que se impongan deberán limitarse a los socios de control y restringirse temporal, espacial y objetivamente a lo estrictamente necesario en relación con el objetivo lícito de la prohibición de competencia en el ámbito societario.

¹⁷ El término “defensa de la competencia” es desconocido en el Derecho comparado, y no deja de generar cierta confusión en los grupos de trabajo *antitrust* en los que participa la AdC española. Así mismo habría que sustituir el término “conductas” por el de “prácticas” de abuso de posición de dominio en la rúbrica del art. 330-2 del Anteproyecto.

empresas con posición de dominio¹⁸. En todo caso, cabe apuntar que no es esta la categoría general utilizada por la vigente LDC –que no es objeto de derogación por el Anteproyecto–, sino la de “conductas prohibidas” (rúbrica del Capítulo I del Título I), o la de “conductas restrictivas de la competencia” (art. 36.1 de la LDC, por ejemplo). Convendría, pues, una unificación terminológica de la regulación *antitrust* del Código Mercantil y de la legislación *antitrust* especial.

Tras los principios generales en materia de competencia (Título I, del Libro Tercero), el Anteproyecto codifica en el Título II la regulación sustantiva de la competencia desleal, relegando las normas básicas *antitrust* codificadas al Título III. Esta ubicación, presente ya en la Propuesta de Código mercantil, es una novedad sistemática respecto a lo que suele ser habitual en la mayoría de las compilaciones de legislación mercantil y en los manuales universitarios de la asignatura de Derecho mercantil. Esta ordenación del Derecho de la competencia nos parece contraria al orden natural de la cosas. Si entendemos que la competencia económica constituye un principio estructural del sistema económico constitucionalizado (art. 38 CE), el Derecho *antitrust* supone un «*prius*» que persigue mantener y preservar la competencia efectiva en los mercados, en tanto que el Derecho contra la competencia desleal es un «*posterius*»; presupone la existencia de competencia y persigue evitar que los operadores del mercado utilicen su libertad para determinar su comportamiento en el mercado para captar clientes por medios reprobables o contrarios a la buena fe objetiva¹⁹.

2. LA PRETENDIDA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO MATERIA MERCANTIL

2.1. El Derecho mercantil como Derecho privado del mercado

El Derecho mercantil en España, antes que una disciplina académica y una categoría del Derecho privado, es una categoría constitucional cuya competencia normativa corresponde en exclusiva al Estado, por cuanto se considera que la unidad del mercado nacional exige la unidad del Derecho privado del mercado. Históricamente, esta función política motivó que el Derecho mercantil fuese codificado bastante antes que el Derecho civil, y que su carácter de Derecho unitario se mantenga frente a la pluralidad de

¹⁸ Vid. el apartado IV.1.1. de la EdM y el Capítulo Primero de esta Ley.

¹⁹ En este sentido también GÓMEZ SEGADÉ, J.A., "Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: Especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise", en VÁZQUEZ PENA, M.J. (Dir.), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Tirant lo Blanc, Valencia 2013, p. 11 a 18.

El Derecho *antitrust* es un *prius* incluso en los mercados que están en régimen de monopolio. La ausencia de competidores no significa ausencia de presión competitiva en el mercado considerado. La conducta del monopolista se debe ajustar a la competencia por méritos, evitando, por ejemplo, detraer de forma injustificada o abusiva el excedente de los clientes o usuarios finales de su producto o servicio. En estos mercados incluso puede ser de aplicación la prohibición de colusión, como sucede cuando varios monopolistas locales o regionales coluden para eliminar la denominada «competencia referencial»; vid. Resolución de la CNC de 30 de julio de 2012, Expte. S/0256/10, Inspecciones periódicas de gas, FD 6º.

Derechos civiles. Pero esta falta de unidad del Derecho civil constituye, actualmente, además un riesgo para la unidad del Derecho mercantil entendido como Derecho privado regulador de toda actividad de orden económico, pues dado que las fronteras entre ambas ramas del Derecho privado son más históricas que científicas, la expansión de los Derechos civiles autonómicos tras la Constitución de 1978 puede y afecta a la unidad del Derecho mercantil, con particular riesgo para determinadas materias mercantiles reguladas en leyes especiales. Esta preocupación por la unidad del Derecho mercantil como instrumento jurídico de garantía de la unidad del mercado nacional, y la absorción o confirmación de la naturaleza mercantil de algunas de esas «materias frontera»²⁰, constituye la motivación política de este movimiento de codificación o recodificación que se observa con nitidez en la EdM de la Propuesta y del Anteproyecto de Código Mercantil²¹:

I-6. Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que impone la unidad de éste explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en la materia de legislación mercantil [y], aconsejan, [...] la clara delimitación de ésta y la integración normativa reguladora.

I-7. A esos fines, [...] el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula. El modelo implantado por el Code de commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa, sin perjuicio de su revisión para actualizarla y completarla.

I-8. Estas fueron las razones que llevaron en 2006 al Ministro de Justicia a encargar a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil (Orden de 7 de noviembre de 2006).

[...]

I-9. [...] La delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil.

²⁰ Tomamos la expresión de ROJO, A., «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado», *RDM*, nº 29º, Enero – Marzo 2014, pp. 127 a 142. En este trabajo, el prof. Rojo argumenta que la falta de unidad del Derecho civil y la explosión expansiva de los Derechos civiles autonómicos tras la Constitución de 1978 motiva el abandono, por completo, de la anhelada unificación del Derecho privado en España, y que el mantenimiento de la unidad del Derecho mercantil –frente a los riesgos que conlleva la diversidad y expansión de los Derechos civiles- necesariamente pasa por la codificación de un Derecho especial del mercado lo más completa posible. En este sentido, apunta que la denominación de Código mercantil y no la de Código de comercio responde a la deliberada vocación de regular la actividad de todos los que operan en el mercado –de los operadores del mercado- y no sólo la actividad de los empresarios o comerciantes en sentido técnico-jurídico (p. 136).

²¹ Transcribimos el texto del Anteproyecto, que es coincidente con los apartados I-6 a I-9 de la EdM de la Propuesta. Esta función política también se observa en el primer precepto del Anteproyecto: “Artículo 001-1. Objeto del Código Mercantil. En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas jurídicas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

No obstante, la inexistencia en la Unión Europea de un único Derecho mercantil –pese a que el objetivo fundacional era y es la creación de un mercado único o interior comunitario– revelaría que el objetivo de “un mismo Código [mercantil] para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional” es más una motivación política que un imperativo o exigencia económica de la unidad del mercado nacional²². Establecer un mercado único exigía fundamentalmente eliminar las barreras públicas al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad y, para ello, el Tratado de Roma estableció (i) la libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas, y (ii) la instauración de “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (art. 3 del Tratado de Roma), al servicio del «*single market imperative*», auténtica obsesión de las autoridades de la UE que ha condicionado y condicionada²³ la interpretación de las reglas de competencia de la UE²⁴.

En cualquier caso, respondiendo a esa función política que se imputa al Derecho mercantil, de instrumento de garantía de la unidad del mercado (en palabras del pre-legislador, “asegurar en el ámbito jurídico privado la unidad de mercado que impone la Constitución”), tanto la Propuesta como el Anteproyecto delimitan la materia mercantil de una forma amplia, tomando como referencia o «concepto básico» el mercado de bienes y servicios, definido como el “ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación”. Una realidad social y económica que le permite afirmar que el Derecho mercantil “vuelve a ser el Derecho de una clase de personas de y de una clase de actividades, como lo fue en su origen”, y al tiempo ampliar las fronteras de la materia mercantil, porque hoy en el mercado -como realidad en constante

²² El prof. OLIVENCIA considera que si la unidad del mercado presupone un espacio de libre circulación y establecimiento de las personas y de libre circulación de bienes (art. 139.2 CE), es decir, un territorio nacional libre de obstáculos, “eso impone la remoción del principal obstáculo a la unidad, a la libertad y a la igualdad, que es la pluralidad de regulaciones jurídicas, con la consecuente diversidad entre ellas”; OLIVENCIA, M., «El título preliminar de la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, núm. 290, Octubre – Diciembre 2013, p. 12.

²³ Prueba de que este imperativo sigue vigencia es el pár. 7 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO 2010/C 130/01), donde la Comisión afirma: “El objetivo del artículo 101 es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos (...) para restringir la competencia (...). La evaluación de las restricciones verticales también es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado. La integración de los mercados potencia la competencia en la Unión Europea. No se debería permitir que las empresas volviesen a establecer barreras privadas entre Estados miembros ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito.”.

²⁴ Por todos, sobre este objetivo político o meta-antitrust del Derecho comunitario de la competencia: WHISH, R. / BAILEY, D., *Competition Law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012. pp. 23 y s. La interpretación extensiva del concepto de “efecto sobre el comercio” entre los Estados miembros de los arts. 101 y 102 del TFUE practicada por la Comisión y el TJ es, sin duda, uno de los efectos de este objetivo; véanse las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2004/C 101/07). Este objetivo político no sólo condiciona la interpretación del Derecho antitrust de la UE sino también la de los Derechos nacionales de competencia por efecto del art. 3 del Reglamento CE 1/2003. En este sentido, el art. 2.3 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones de daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349/1, de 5.12.2014; Directiva de daños *antitrust*), define el “Derecho nacional de la competencia” como las disposiciones del Derecho nacional que persiguen “predominantemente” el mismo objetivo que los arts. 101 y 102 del TFUE.

transformación social, técnica, económica y política-, operan una pluralidad de «operadores del mercado», definidos como las personas o entes que desarrollen cualquier actividad económica de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado (art. 001-2 del Anteproyecto). Concepto de operador del mercado que sirve para calificar como mercantil toda su actuación relativa a la producción o cambio de bienes y servicios para el mercado. Una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho mercantil que responde a la necesidad de respetar el marco constitucional de la economía de mercado en todos los sectores y actividades económicas y no solo en los «tradicionalmente mercantiles» (arts. 38 y 128 CE, siendo la libre competencia la institución nuclear de la economía de mercado²⁵).

Así delimitado el ámbito del Derecho mercantil no puede quedar ninguna duda sobre la naturaleza mercantil de la regulación material de la competencia en el mercado, tanto la relativa a la lealtad en la lucha competitiva como la que tutela la existencia de una competencia efectiva en los mercados (apartados I-22 y IV-1 de la EdM de la Propuesta y del Anteproyecto). Por ello la Propuesta de Código mercantil de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación codificaba “las normas materiales de defensa de la competencia” (apartado IV-3 de la EdM), así como algunas normas de Derecho administrativo -particularmente, las relativas a las facultades de la AdC en materia de control de concentraciones y de ayudas públicas a empresas-, “por exigencias de la coordinación con las normas que regulan la materia en su conjunto” (apartado I-27 de la EdM), y transformaba la LDC en una Ley puramente administrativa, reguladora de la AdC y de los procedimientos de defensa de la competencia (Disposición derogatoria única 3ª. 11º de la Propuesta).

En concreto, la Propuesta codificaba los tres ilícitos *antitrust* de la LDC: la prohibición de las prácticas colusorias (arts. 331-1 a 331-6²⁶), la prohibición de las prácticas de abuso de posición de dominio (arts. 331-7 a 331-8²⁷), y la prohibición de los actos de competencia desleal idóneos para afectar a la competencia efectiva en el

²⁵ En este sentido, sobre el imperativo constitucional y las consecuencias de tomar como marco de referencia para la delimitación de la materia mercantil en el concepto de mercado: OLIVENCIA, M., *op. cit.*, pp. 11 a 25.

²⁶ Los arts. 331-1 a 331-3 reproducían, con ligeras modificaciones, el texto del art. 1.1 y 3 de la LDC (y 101.1 y 3 del TFUE). La modificación más relevante era la desaparición de la declaración de nulidad de las conductas colusorias prohibidas, contenida en el art. 1.2 de la LDC y en el art. 101.2 del TFUE, pero inexistente en otras legislaciones *antitrust* de los Estados miembros de la UE, y que resulta directamente del art. 6.3 del Código civil. En sentido opuesto, el art. 331-1 mantenía la controvertida categoría de las “conductas conscientemente paralelas”, inexistente en el Derecho de la competencia de la UE. El art. 331-4 regulaba las exenciones por categorías previstas en el art. 1.4 y 5 de la LDC, así como las exenciones legales del art. 4 de la LDC. El art. 331-5 tenía por objeto la regulación de las conductas de menor importancia, con notables diferencias con la regulación actualmente existente en el art. 5 de la LDC; la principal, que esta modalidad de exención sólo sería de aplicación a las conductas colusorias. Y el art. 331-6 regulaba las actualmente denominadas declaraciones de inaplicabilidad del art. 6 de la LDC, que no ha tenido aplicación desde su entrada en vigor.

²⁷ Al igual que hacían los arts. 331-1 y 331-2 para las conductas colusorias en relación con el art. 1 de la LDC, el Anteproyecto escindía en estos dos preceptos el actual contenido del art. 2 de la LDC; el art. 331-7 acogía la cláusula general prohibitiva de los abusos de posición de dominio, y el art. 331-8 la lista abierta de supuestos de explotación abusiva de la posición dominante en el mercado. Probablemente se buscaran preceptos de contenido relativamente breve para ganar en claridad y seguridad jurídica, pero esta opción desalineaba el Derecho interno respecto del Derecho de la UE, lo que en nuestra opinión se debe evitar en lo posible.

mercado (art. 342-2.2). Así como también codificaba la regulación, fundamentalmente material, de las operaciones de concentración económica que pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado²⁸, y las actuales facultades de la AdC relativas al control de las ayudas públicas a empresas que puedan restringir la competencia²⁹.

2.2. Causas de la no regulación de la materia defensa de la competencia en el Anteproyecto

¿Por qué el Anteproyecto expulsa del Código la «regulación mercantil» de la defensa de la competencia, y la sustituye por la declaración de prohibición de las conductas colusorias y de abuso de posición de dominio en los términos establecidos en la LDC?. No se alcanza a comprender la razón de este *apartheid*, que resulta inconsistente: (i) con el concepto de Derecho mercantil entendido como el Derecho privado que establece las reglas de actuación de todos los operadores económicos en el mercado, (ii) con la afirmación de que el Anteproyecto se inspira en el *Code de commerce* francés³⁰, y (iii) con el objetivo político de la Codificación de garantizar la unidad del mercado nacional.

No existe en el Anteproyecto más explicación que lo afirmado en el apartado I-31 de la EdM: “El Código regula de una manera absolutamente predominante el Derecho privado aplicable para los sujetos y las operaciones relacionadas con el mercado, aunque en materias concretas tales como la defensa de la competencia o las operaciones en el mercado de valores, se ha considerado suficiente incluir algunas normas básicas, remitiendo la regulación completa de esas cuestiones al ámbito legislativo en el que ya figuran...”. A ello se añade en el apartado IV-6 de la EdM: “El Título III recoge unas normas mínimas que enlazan con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia, insistiendo en la prohibición de tales conductas, en especial en lo que se refiere a las prácticas colusorias y las conductas de abuso de posición [de dominio en el] mercado”, con el objeto de “pone[r] de manifiesto su trascendencia en las relaciones jurídico privadas” (apartado IV-3 de la EdM).

Tampoco se explicita por qué se ha considerado suficiente limitar la codificación a los dos ilícitos *antitrust*, remitiendo su interpretación a lo que establece la LDC. Ni por qué se prescinde de la regulación sustantiva del control de las concentraciones empresariales, cuando se trata de una actividad típicamente mercantil, realizada por operadores económicos en el mercado. Es cierto que la Propuesta hacía alguna referencia ocasional a las facultades de la AdC en materia de control de

²⁸ En esta materia los arts. 332-1 a 331-14 y 332-18 de la Propuesta reproducía, con modificaciones de técnica legislativa, el texto de los arts. 7 a 10 que integran el Capítulo II de la LDC, que era objeto de derogación. Incluía así mismo en el art. 332-15 el texto del art. 57.4 de la LDC, una norma claramente administrativa, que dispone cuál es el contenido de la Resolución de la AdC que pone fin al procedimiento administrativo de autorización de una operación de concentración notificada.

²⁹ El art. 333-1 de la Propuesta recogida, en esencia, el contenido de los números 1 y 2 del art. 11 de la LDC.

³⁰ Ciertamente que el Código de Comercio francés no solo codifica las normas sustantivas o mercantiles relativas a la defensa de la competencia, sino también la regulación de la naturaleza, funciones y poderes de la AdC, así como los procedimientos en esta materia: arts. L-420, L-430, L-450, L-461 a L-464 y L-470.

concentraciones, pero este hecho no puede ser justificación suficiente para no regular esta materia en un Código mercantil. Por el contrario, sí era objetable la codificación que hacía la Propuesta de algunas de las normas que contiene la LDC relativas al control de las ayudas públicas a empresas, por cuanto, en lo fundamental, se codificaban las facultades de la AdC relativas al control de la actividad de la Administración Pública de concesión de ayudas públicas a empresas susceptible afectar al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Es decir, se codificaban normas que tienen como destinatario a las Administraciones o entes públicos en ejercicio de sus potestades públicas, y no en tanto que operador del mercado.

En la búsqueda de una respuesta a esta exclusión, en primer lugar, hay que descartar que la razón radique en la naturaleza pública o administrativa de la materia defensa de la competencia, como parece derivarse de la jurisprudencia constitucional. En efecto, para el TC el título competencial del Estado en la materia defensa de la competencia no es la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), sino las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), por cuanto si la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, estamos ante un "elemento definitorio del mercado" directamente relacionado con la exigencia de que exista un mercado único nacional que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional ex art. 149.1.13 CE (STC 280/1999). Y, por otra parte, en la STC 37/1981 el TC ha definido el Derecho mercantil como "el Derecho privado de la actividad económica desarrollada por los empresarios [mercantiles]"³¹.

No obstante, como ya se ha apuntado, el concepto de Derecho mercantil es una categoría histórica en constante expansión en su ámbito material de vigencia, que no puede ser objeto de una visión estática sino dinámica. En este sentido, la progresiva liberalización de los mercados ha supuesto una menor intervención regulatoria por parte del poder ejecutivo, y un paralelo refuerzo de la política y del Derecho de la competencia por parte de autoridades de regulación y supervisión independientes, pues históricamente se ha comprobado que no basta con reconocer la libertad de empresa y de pacto para que los mercados en competencia produzcan las eficiencias que la teoría económica dominante le atribuye. La libre competencia se ha convertido, pues, en un principio constitucional de aplicación general y horizontal a todas las actividades económicas y a todos los operadores económicos, razón por la cual el diferente carácter estructural de las normas *antitrust* no puede ser razón para su exclusión de un Derecho mercantil que ya no es –no puede ser– el Derecho privado especial del comercio, sino el

³¹ A este respecto, el prof. ROJO, A., *op. cit.*, p. 136, sostiene que el concepto constitucional de legislación mercantil no obliga a una interpretación rígida del contenido del Derecho mercantil. En este mismo sentido, el prof. OLIVENCIA (*op. cit.*, p. 18) afirma que al TC "compete salvaguardar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, pero no definirla, ni formularla ni adherirse a ninguna posición doctrinal. Su función es la de pronunciarse sobre contenidos concretos respecto de los cuales se suscite una cuestión de calificación, de si se trata o no de materia mercantil sujeta a la competencia exclusiva del Derecho privado estatal. Por ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, no enuncia un criterio general delimitador de la materia mercantil, sino un criterio específico de inclusión dentro de ésta de unas concretas relaciones jurídico-privadas..."

Derecho especial regulador de las relaciones jurídico-privadas desarrolladas en el mercado por los operadores económicos³².

En todo caso, los proponentes del Anteproyecto no dudan de la naturaleza mercantil de la regulación material de la defensa de la competencia –no solo de los ilícitos *antitrust* codificados, también de determinadas normas relativas al control de concentraciones-, pues así resulta de diversos pasajes de la EdM ya citados, de los principios generales en materia de competencia, y de la regulación de las normas procesales comunes a los actos de competencia desleal y a las prácticas restrictivas de la competencia.

Se ha apuntado que la contracción de la codificación de la regulación de la normativa *antitrust* en el Anteproyecto obedecería al “entendimiento de que el Código no debe acoger la regulación de aspectos administrativos y de cuestiones cuya represión se desenvuelve en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador y de la salvaguardia judicial del orden-contencioso-administrativo”³³. Coincidimos en los argumentos por los que ambas razones son rechazables. De una parte, el uso cláusulas generales y de normas imperativas son técnicas jurídicas propias pero no exclusivas del Derecho público económico, que no pueden poner en duda la mercantilidad del Derecho *antitrust* como así sucede con el Derecho contra la competencia desleal, por cuanto la naturaleza mercantil radica en que son normas que regulan conductas de los operadores económicos, públicos o privados, en los mercados en régimen de competencia, cuya unidad es indispensable para la unidad del mercado. Por otro lado, la aplicación del Derecho *antitrust* por un organismo administrativo tampoco puede ser razón para su ausencia en un Código mercantil, como, por ejemplo, no lo es para que la ordenación jurídica del Registro Mercantil esté en el Código de comercio. Además, si esta fuese la causa, el Anteproyecto no debería contener ninguna norma de Derecho *antitrust*, ni sustantiva ni procesal.

También se ha argumentado que la Propuesta de Código en esta materia constituía una extralimitación del propio encargo realizado por el Ministerio, limitado a la codificación de la regulación que afecta “a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado”³⁴, cuando que la normativa *antitrust* es una materia de naturaleza jurídico-pública que, a diferencia del Derecho contra la competencia desleal, no protege prioritariamente los intereses privados de los competidores sino el interés público en el propio proceso competitivo³⁵.

³² GONDRA, J. M^a. «La deconstrucción del concepto de Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, núm. 290, Octubre – Diciembre 2013, pese a reconocer que para el TC el Derecho *antitrust* no entraría dentro del concepto de Derecho mercantil (p. 43), y a que usa técnicas jurídicas coactivas del Derecho público, considera que la conexión teleológica de este sector del Derecho de la competencia con el Derecho privado mercantil es tan clara que su incorporación al contenido del Código mercantil es consecuente con el sistema interno del Derecho mercantil como Derecho especial *ratione materia* (p. 37).

³³ MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 32.

³⁴ La Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006 (reproducida en el texto publicado de la Propuesta de Código mercantil) dispone que el nuevo Código “integrará y delimitará la legislación mercantil existente, y se modernizará y completará, en la medida en que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado”.

³⁵ BROKELMANN, H., *op. cit.*, pp. 19 a 31. Por ello el autor, no solo considera un acierto la eliminación en el Anteproyecto de los preceptos de la Propuesta en los que se regulaba el control de concentraciones,

Coincidimos con este autor en que la protección de los intereses de los competidores y consumidores por el Derecho *antitrust* solo es indirecta, en la medida en que la conducta de restrictiva es apta para afectar al normal desarrollo del proceso competitivo. Pero este hecho no afecta a la naturaleza jurídico-privada de las normas de defensa de la competencia, asentada en el hecho de que impone reglas de conducta o límites (en defensa del sistema de economía de mercado) al comportamiento concurrencial de particulares y entes públicos que actúan como operadores económicos. Es decir, la naturaleza mercantil de las normas *antitrust* radica en que regulan la actividad competitiva de los operadores del mercado y no en la naturaleza pública (de orden público económico) del interés prioritariamente tutelado³⁶.

La necesidad de una tutela eficaz y efectiva de este interés público y la relativa complejidad técnica de la materia justifica, en términos constitucionales, la intervención del poder ejecutivo –a través de Autoridades administrativas especializadas e independientes- en las relaciones jurídico-privadas de mercado; en “los actos de competencia en el mercado” en la terminología del art. 001-3-1.c) del Anteproyecto³⁷. Pero existen otras materia evidentemente mercantiles, como el Derecho Industrial o, en particular, el Derecho de patentes, que presentan similar complejidad técnica y un claro interés público en la regulación que motiva la presencia de organismos públicos en procedimiento de concesión del derecho de exclusiva. En realidad, preponderancia de la aplicación pública del Derecho *antitrust* en Europa responde a razones históricas antes que a la naturaleza pública del interés prioritariamente protegido. En este lado del Atlántico, el Derecho de defensa de la competencia adquiere entidad cuando los Estados que surgen de la II Guerra Mundial dejan de intervenir en la economía, y las Instituciones comunitarias utilizan las reglas de competencia del Tratado como instrumento de conformación de un mercado interior único. A medida que los Gobiernos dejan de intervenir directamente en los mercados (fijando precios, principalmente³⁸) y en su lugar se encomienda a organismos públicos independientes y especializados la tutela de la economía de mercado atribuyéndole facultades para perseguir y sancionar las conductas de los operadores económicos que puedan afectar al

ya que a su juicio “nada tiene que ver con relaciones jurídico-privadas”, sino que sugiere, por distintos motivos, la eliminación de toda referencia al Derecho de defensa de la competencia en el futuro Código Mercantil, a la vista de la constatada “incompatibilidad conceptual y sistemática entre las normas de la competencia y de la competencia desleal”, y de la “fuerza armonizadora de facto del artículo 3 del Reglamento 1/2003” (pp. 29 y 31).

³⁶ Por otra parte, parece oportuno recordar que el vigente Derecho contra la competencia desleal no tiene por objeto proteger prioritariamente los intereses particulares de los competidores en conflicto (como así afirma BROKELMANN, H., *op. cit.*, p. 25), sino que el objeto directo de protección es la institución de la competencia económica (punto III.1 de la LCD), que se protege en beneficio de los intereses privados de los empresarios en conflicto, pero también de los intereses colectivos del consumo y del interés público, como se puede apreciar en materia de legitimación activa (art. 33.4 y 4 de la LCD).

³⁷ OLIVENCIA, M., *op. cit.*, p. 22, considera que la inclusión en la letra c) del art. 001-4 de los actos de competencia en el mercado “se debe más a la finalidad de someterlos a las normas del Código mercantil que a la de calificar como mercantiles actos ilícitos, aunque ciertamente se produzcan en el mercado”.

³⁸ Pero también intervienen en la vida económica reservándose la facultad de autorizar determinadas operaciones de concentración (art. 10.4 LDC), o en el pasado reservándose la capacidad de imponer sanciones por las prácticas restrictivas declaradas por la AdC, como sucedía en España bajo la Ley de 1963 y en Francia durante la vigencia de la Ordenanza de 1945: Vid., MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 6e ed., Dalloz, París, 2014, pár. 4.

normal desarrollo del proceso competitivo en los mercados. Desde esta perspectiva, las normas de Derecho *antitrust* que imponen límites a la conducta de los operadores económicos es una forma de intervención *light* del Estado en las relaciones privadas de mercado, pero no por ello deja de ser legislación materialmente mercantil.

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE COMPETENCIA

Se podría plantear la necesidad y oportunidad de estos principios³⁹, pero realizar un análisis exhaustivo del Título I del Libro Tercero del Anteproyecto excede con mucho el objeto de esta colaboración, limitada a destacar, desde la óptica del Derecho *antitrust*, las implicaciones que podrían tener estas normas de adquirir vigencia. Preceptos que, en realidad, no establecen principios generales o comunes a los dos sectores del Derecho General de la competencia, sino los intereses protegidos y su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.

El art. 310-1 del Anteproyecto identifica los intereses de los “consumidores y usuarios” como intereses protegidos y, además, fija como objetivo común de las normas *antitrust* y de competencia desleal: “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos...”. Por tanto, la institución de la competencia económica, como clave de bóveda del sistema de economía de mercado, se mantiene como el bien jurídico prioritariamente protegido por las normas de competencia, como así ya resulta tanto de la LDC como del art. 1 y del punto III de la EdM de la LCD. Pero la fórmula elegida, que parece pretender conectar los objetivos marcados actualmente por la LCD y la LDC, resulta un tanto confusa y equívoca⁴⁰.

El art. 1 de la LCD (y el art. 310-1 de la Propuesta), fija como objeto de protección “la competencia” (que el Anteproyecto adjetiva como “efectiva”, haciendo un guiño a la LDC), y a tal fin prohíbe los actos de competencia desleal y, añadía el art. 310-1 de la Propuesta, las prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, si la deslealtad radica en la falta de adecuación del acto de competencia con un parámetro de corrección o lealtad competitiva (la buena fe objetiva), la ilicitud Derecho *antitrust* bascula sobre la aptitud de la conducta para generar efectos restrictivos –apreciables– sobre el proceso competitivo, sobre la competencia efectiva. Esta distinta intensidad en la protección del mismo bien jurídico es la que dificulta verbalizar el objetivo común a los dos tipos de normativa sobre competencia.

En lo que hace a los intereses protegidos, el Anteproyecto también se separa del art. 1 de la LCD y del art. 310-1 de la Propuesta, que consideran como intereses protegidos los de “todos los que participan en el mercado”, incluido el interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado (punto II de la

³⁹ BROKELMANN, H., *op. cit.*, pp. 25, 27 y 28 manifiesta una opinión contraria.

⁴⁰ La referencia a la “transparencia” como objeto de protección de las normas *antitrust* es delicada, pues una excesiva transparencia en el comportamiento competitivo facilita la colusión anticompetitiva, de forma particular en mercados con pocos operadores y productos homogéneos. En este sentido, MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 16 y s.

EdM de la LCD). Aquí el cambio tiene mayor importancia, y no se alcanza a comprender la razón que lo motiva⁴¹. Desde la óptica del Derecho *antitrust*, condicionar la aplicación de los ilícitos anticompetitivos a la existencia de un daño a los intereses – ¿económicos?, ¿concurrenciales? – de los consumidores y usuarios parecería que es contrario a la LDC, que en diversos preceptos y en la EdM señalan el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios como interés público protegido. Además, esta reducción también chocaría con la jurisprudencia del TJUE, que identifica la competencia en tanto tal o el proceso competitivo como interés protegido⁴².

El art. 310-2 del Anteproyecto fija el ámbito objetivo de las normas de competencia tomando el texto del art. 2 de la LCD. Este precepto del Anteproyecto tiene que ser interpretado conjuntamente con el art. 001-3 del Título Preliminar del Anteproyecto, específicamente con la letra c) del núm. 1, donde se atribuye naturaleza mercantil a “los actos de competencia en el mercado”. Un concepto nuevo que se introduce con el objeto de que el Código acoja a la normativa de competencia⁴³ y que, pese a que el Anteproyecto no lo define, no debería plantear mayores problemas interpretativos en el ámbito del Derecho *antitrust*, habida cuenta de la amplia interpretación que tanto el TJUE como las AdC y tribunales nacionales hacen del concepto de “actividad económica”⁴⁴.

⁴¹ MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 17 y s., califica esta reducción de injustificada, tanto en atención a los arts. 9.2 y 38 de la CE, como a la vista de la regulación material de las normas de competencia contenida en el Anteproyecto “que exigen y expresan la consideración conjunta, ponderada y armónica de los tres intereses que concurren en el mercado: interés público, interés de los consumidores y usuarios e interés de los operadores económicos”. Y añade que este planteamiento reduccionista plantea serias dudas conformidad con las exigencias de determinada normativa comunitaria en materia de competencia desleal. En relación con el Derecho *antitrust*, también en sentido crítico, BROKEMANN, H, *op. cit.*, pp. 22, 26 y 27.

⁴² Doctrina jurisprudencial que es vinculante para la AdC y los tribunales nacionales cuando se aplican paralelamente los arts 1 o 2 de la LDC y los arts. 101 o 102 del TFUE. Entre otras, en la STJUE de 6 de octubre de 2009, Ass. C/501, 513, 515 y 516/06 P, *GlaxoSmithKline*, relativa al carácter restrictivo de los acuerdos celebrados por Glaxo Wellcome con mayoristas farmacéuticos españoles, en los que se establecía un precio para los medicamentos destinados a la comercialización en el territorio español y un precio mayor para los medicamentos que se exportasen a otros Estados miembros, frente a la opinión del Tribunal General que condicionó la calificación como restrictivo del acuerdo a que prive, efectivamente, a los consumidores de las ventajas de una competencia efectiva, el TJ rechaza que las normas de competencia del Tratado estén sólo dirigidas a proteger los intereses directos de los consumidores (o de los competidores), sino el proceso competitivo en sí. Más recientemente, STJUE de 7 de febrero de 2013, C-68/12, *Slovenská sporiteľ'ňa*. En la doctrina, sobre los intereses protegidos y los fines de las normas de competencia del TFUE: WHISH, R. / BAILEY, D., *op. cit.*, pp. 19 a 24.

⁴³ OLIVENCIA, M., *op. cit.*, p. 23, afirma que esta es la finalidad de la letra c), y no la de “calificar como mercantiles actos ilícitos, aunque ciertamente se produzcan en el mercado”.

⁴⁴ Cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica. Sobre este concepto, entre las más recientes con cita de los precedentes y respecto de la actividad de un organismo público, vid., la STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, apartados 34-49. No compartimos, pues, la afirmación de la CNMC (*op. cit.*, punto III.1.1.3) de que este precepto del Anteproyecto vincule el ámbito objetivo de aplicación del Derecho *antitrust* a la existencia de una relación comercial. Por tanto hacemos nuestra la opinión de MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 19, en el sentido de que viniendo este texto de la LCD, “no es dudoso que comprende sin fisuras las prácticas restrictivas de la competencia (...) que sin duda y por naturaleza se realizan en el mercado y son objetivamente adecuadas para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de terceros.

Por último, el art. 310-3 del Anteproyecto establece el ámbito subjetivo de las normas de competencia, reproduciendo en su núm. 1 el texto del art. 3.2 de la LCD, y añadiendo en su núm. 2 que “*Las normas sobre competencia serán de aplicación a los operadores del mercado y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.*”. El concepto de operador del mercado resulta del texto del art. 001-2 del Título Preliminar del Anteproyecto, y se puede considerar tan amplio como el concepto de operador económico propio del Derecho *antitrust* (punto I-27 de la EdM del Anteproyecto)⁴⁵. Incluso se puede considerar que el art. 310-3 del Anteproyecto, al referirse a las personas que participen en el mercado sin ser operador del mercado, está estableciendo de forma expresa que el Derecho de la competencia también se aplica a quienes, sin desarrollar una actividad económica en el caso en concreto, con su conducta inciden o restringen las condiciones en que se desarrolla el proceso competitivo en el mercado. Dentro de esta noción de “participante en el mercado” entrarían las Asociaciones de operadores económicos cuando adoptan decisiones o recomendaciones colectivas prohibidas, y también la Administración o cualquiera otra persona que, sin poder ser calificada como operador económico en relación con la conducta analizada, promueve, fomenta o ampara la conducta restrictiva de la competencia de otro u otros⁴⁶.

4. ACCIONES DERIVADAS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En los arts. 341-1 a 341-4 (Capítulo II del Título IV), el Anteproyecto extiende, con algunas alteraciones de carácter técnico, la actual regulación material de los medios de represión contra los actos de competencia desleal (arts. 32 a 35 de la LCD) a las prácticas restrictivas de la competencia, lo que, a juicio de la doctrina, sería una novedad absolutamente necesaria⁴⁷.

Desde una perspectiva *antitrust*, en materia de acciones ejercitables, parece relevante destacar que el art. 341-1 omite toda referencia a la publicidad de la sentencia estimatoria, que el actual art. 32.2 de la LCD regula a modo de tutela complementaria o

⁴⁵ La CNMC (*op. cit.*, punto III.1.1), es de otra opinión, pues considera que el ámbito subjetivo del art. 301-3 del Anteproyecto no resulta coincidente con el concepto de operador económico del Derecho de la competencia, “tanto por exceso como por defecto”, por lo que recomienda su sustitución por éste último.

⁴⁶ Creemos que es de esta opinión MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 20, cuando afirma que esta referencia debe servir para asegurar que las normas de competencia se siguen aplicando a las administraciones públicas cuando se procuran bienes y servicios, a las asociaciones empresariales y profesionales o a los sindicatos y a los llamados responsables de los códigos de conducta. La CNC consideró aplicable el art. 1 de la LDC a la Administración por una conducta de fomento de un cártel en las Resoluciones de 6 de octubre de 2011 (Expte. S/0167/09, Productores de Uva y Vinos de Jerez) y de 27 de septiembre de 2013 (Expte. S/0314/10, Puertos de Valencia). La SAN de 16 de julio de 2013 (Roj: SAN 3472/2013; pendiente de casación) anuló la primera Resolución en relación con la imputación de la Administración. Para un comentario crítico a la Resolución de la CNC: MARCOS, F., «El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta de Andalucía en el cartel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09», *Rcd* núm. 11, 2012, pp. 253 a 276.

⁴⁷ MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 34, la actual ausencia de regulación de las acciones derivadas de ilícitos *antitrust* no está salvada ni por la disposición adicional segunda de la LDC, ni por el recurso a la violación de normas desleal.

accesoria de la acción declarativa, de remoción, de rectificación y de rectificación. Una previsión legal que ha sido calificada por la doctrina como no estrictamente necesaria o, incluso, ociosa y hasta perturbadora, por cuanto, según el caso, puede ser la mejor medida de indemnización de determinados daños no cuantificables, o la forma de tutela adecuada para la remoción o rectificación de los efectos persistentes producidos por el ilícito, pero que al contemplarse como una modalidad de tutela autónoma facilita su adopción al no exigir al actor argumentar que es un instrumento idóneo para la tutela solicitada⁴⁸. A este respecto, es de reseñar que, en el ámbito de la aplicación pública, la AN ha resuelto que la AdC no puede imponer al infractor la publicación de la resolución sancionadora, pese a que la LDC prevé como contenido posible de la resolución la orden de remoción de los efectos producidos por la práctica prohibida (art. 53.2.c) de la LDC), bajo el argumento de que, a diferencia de la Ley 16/1989, la vigente LDC no prevé expresamente esta medida⁴⁹.

En lo que se refiere a la legitimación activa (art. 341-2), la CNMC es de la opinión que la letra c) del ordinal 2 de dicho precepto puede generar dudas sobre si estaría legitimada para ejercitar la acción en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios en un orden concurrencial eficiente. Y afirma que de estar legitimada, este instrumento no puede ir en menoscabo de su actual capacidad para intervenir como *amicus curiae* (art. 16 de la LDC y 15 bis de la LEC). Además, considera que la legitimación activa a entidades administrativas de consumo y al Ministerio Fiscal para entablar acciones por conductas restrictivas de la competencia puede generar riesgos indeseables de redundancia y descoordinación con la aplicación pública⁵⁰. En nuestra opinión, las AdC (nacional y autonómicas) no se pueden considerar incluidas en el ámbito subjetivo del art. 341-2 en una interpretación literal, sistemática y teleológica del precepto. Por otra parte, el apuntado riesgo de descoordinación entre la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust* no parece mayor que el existente cuando se ejercitan acciones de grupo por asociaciones profesionales o se entablan acciones individuales.

En materia de legitimación pasiva, dos cuestiones destacan en el texto del art. 341-3 en el ámbito del Derecho *antitrust*. Por una parte, como ya prevé el art. 34.1 de la LCD, el precepto proyectado permite dirigir la acción contra el autor material de la conducta infractora, y también frente a quien la haya ordenado, previsión esta última que permitiría demandar también a la matriz que controla a la filial participante en la conducta restrictiva de la competencia. Por otro lado, a diferencia del art. 34.1 de la LCD, el art. 341-3 especifica cuándo es posible dirigir la acción de represión frente a quien haya cooperado en la infracción “por medio de la realización de una conducta

⁴⁸ En este sentido, HERRERA PETRUS, C., en TATO PLAZA, A. / FDEZ. CARBALLO CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *op. cit.*, pp. 401 – 409. También MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁹ SAN de 15 de octubre de 2012 (Roj: SAN 4315/2012) y SAN de 28 de mayo de 2014 (Roj: SAN 2511/2014). No compartimos esta doctrina jurisprudencial. La publicidad de la resoluciones que ordenaba el derogado art. 27 de la LDC y hace el art. 23 del RDC constituye una modalidad de cumplimiento del deber de transparencia al que están sujetas las Administraciones, incluía la AdC, pero esta forma de publicidad puede no ser adecuada para remover o revertir los efectos anticompetitivos y contrarios al interés público que puedan haberse producido. En este sentido, la CNMC, *op. cit.*, punto III.3.3, recomienda su recuperación.

⁵⁰ CNMC, *op. cit.*, punto III.2.3.

específicamente encaminada a posibilitar la realización de la conducta ilícita”. Una previsión que, en el ámbito *antitrust*, se podría utilizar frente a quién haya actuado como «facilitador» del cártel o de la conducta anticompetitiva, y quizá también frente a los directivos o representantes legales de la persona jurídica infractora que hayan tenido un papel especialmente activo y relevante en la infracción, y en sintonía con lo previsto en el ámbito administrativo en el art. 63.2 de la LDC⁵¹.

Por último, en materia de prescripción y con algunas modificaciones técnicas, el art. 341-4 extiende al ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia el doble régimen de prescripción del art. 35 de la LCD. No obstante, este régimen jurídico resulta incompatible con el previsto en la «Directiva de daños por infracciones *antitrust*», que obliga a los Estados miembros a establecer un plazo de prescripción de, al menos, cinco años, y unas reglas de determinación del *dies a quo* que no coinciden con las señaladas, como tampoco con la regla que rige la interrupción con carácter general en el Código Civil⁵². Estas reglas de la Directiva⁵³, y otras de importante trascendencia para nuestro Derecho general de daños, sólo son de aplicación a las acciones de indemnización basadas en una infracción que afecte a los intercambios comerciales intracomunitarios en el sentido de los arts. 101 o 102 del TFUE, pero no tendría sentido que no fuesen de aplicación también a los ilícitos cuyos efectos se limitan a territorio nacional, como tampoco que no se hagan extensivas a las demás acciones ejercitables. Y, llegado el momento de la trasposición, el legislador tendrá que decidir si extiende el régimen que impone la Directiva a las acciones por actos de competencia desleal, que sería lo razonable en nuestra opinión.

⁵¹ Este precepto permite imponer a estos sujetos multas de hasta 60.000 €. Vid., Resolución de la CNC de 26 de septiembre de 2012 (Expte. S/0335/11, CEOE), anulada por SAN de 11 de diciembre de 2013 (Roj: SAN 5457/2013). En la doctrina, para actos de competencia desleal realizados por la Administración pública: HERRERA PETRUS, c., *op. cit.*, p. 465.

⁵² Art. 10 de la Directiva. El plazo de transposición concluye el 27 de diciembre de 2016.

⁵³ En cierta forma anticipadas por el Tribunal Supremo en las STS de 4 (Roj: STS 4739/2013) y 7 de septiembre de 2013 (Roj: STS 5819/2013). Para una anotación a la primera STS, vid. COSTAS COMESAÑA, J., «Prescripción de la acción de responsabilidad por daños derivados de una infracción *antitrust*», 34 *ADI* (2013-2014), pp. 634 a 637), y comentando la segunda STS citada: ROBLES MARTÍN LABORDA, A., «Las reclamaciones de daños y perjuicios causadas por infracciones de Derecho de la competencia», 34 *ADI* (2013-2014), pp. 519 a 534), y MARCOS, F., «Compensación por daños provocados por el cártel del azúcar», *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO, pp. 185 a 200.